Der Pfandverfallvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Heinrich Georg Bachmann

Referendar in Zwickau.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Meiner Schwester Jenny
gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung: Geschichtlicher Rückblick 1

I. Allgemeiner Teil.

§ 2. 1. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Pfandverfallvertrag 8

2. Vergleich mit dem Verbot der lex commissoria im römischen Recht 9

§ 3. 3. Vergleich der §§ 1149 u. 1229 BGB. miteinander . . . 10

§ 4. 4. Zweck des Verbots des Pfandverfallvertrags 15

5. Wirkung des Verbots auf den Pfandvertrag selbst . . . 17

II. Der Pfandverfallvertrag im Pfandrecht an Grundstücken im besonderen.

§ 5. 1. Beschränkung des Verbots auf den obligatorischen Verfallvertrag 18

2. Zeitliche Beschränkung des Verbots 19

3. Streitfragen über die Rechtslage vor Eintritt der Fälligkeit der Forderung.

§ 6. a) Erwerb des Grundstücks für bestimmten Preis . . . 20

§ 7. b) Auflösend bedingte Rechtsgeschäfte unter gleichzeitiger Verpfändung des Grundstücks 21

§ 8. 4. Rechtslage nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung . . 23

III. Der Pfandverfallvertrag im Pfandrecht an beweglichen Sachen im besonderen.

§ 9. 1. Ausdehnung des Verbot auf den dinglichen Verfallvertrag 26

2. Zeitliche Beschränkung des Verbots 27

Seite

3. Ausdehnung des Verbots auf das Handelsrecht 28
4. Streitfragen.
§ 10. a) Überlassung zum Börsen- oder Marktpreis 28
§ 11. b) Auflösend bedingte Rechtsgeschäfte unter gleichzeitiger Pfandbestellung 31
§ 12. c) Gilt das Verbot des Pfandverfallvertrags auch für die Sicherungsübereignung? 32
§ 13. d) Gilt das Verbot auch für pignus irregulare? . . . 40
§ 14. Schluß: Die Zweckmäßigkeit des Verbots des Pfandverfallvertrags im Bürgerlichen Gesetzbuche 46

Literaturverzeichnis.

A. Kommentare, Lehrbücher, Handbücher, Abhandlungen.

Biermann, Sachenrecht. 2. Aufl.

Brill, Die zur Sicherung einer Vertragsobligation vorgenommenen bedingten Eigentumsübertragungen und das Verbot der pfandrechtlichen lex commissoria. Diss. Bonn 1896.

Brinkmann, Die lex commissoria beim Pfandrecht. Diss. Göttingen 1892.

v. Bröcker, Die Ungültigkeit der lex commissoria beim Pfandrecht. Hamburg 1896.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl.

Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht. 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 3. Aufl.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 1 u. 2.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1: Materielles Grundbuchrecht. 1902.

Gerbert, Die Sicherungsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht. 1905.

Haas, Die Sicherstellung durch Übereignung einer Geldsumme nach deutschem bürgerlichen Recht. 1899.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.

Kuhlenbeck, Fiduziarische Zession. In Seufferts Blättern 1905 S. 337.
Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. 1889.
Linckelmann, Die Sicherungsübereignungen. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 7 Nr. 7.
Luetgebrune, Die Sicherungsübereignung. 1906.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 3. 3. Aufl. 1906.
Ruyter, Die lex commissoria beim Pfandrecht. Diss. Greifswald 1903.
Sohm, Institutionen. 12. Aufl.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 3. 3. und 4. Aufl.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 2. 2. Aufl.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Bd. 1: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl.
Warnkönig, Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrecht. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 24 u. 25.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl.
Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner. 1907.

B. Rechtsprechung und Zeitschriften.

Archiv für bürgerliches Recht. Herausgegeben von Kohler u. a. Berlin.
Archiv für die zivilistische Praxis. Herausgegeben von Franklin u. a. Tübingen und Leipzig.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Sörgel.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Falkmann und Mugdan.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Jahrbuch des deutschen Rechts. Herausgegeben von Hugo Neumann. Berlin.

J. A. Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung.

Juristische Wochenschrift. Herausgegeben von Hugo Neumann. Berlin.

Sächsisches Archiv für Rechtspflege.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.

C. Gesetzgebungsmaterialien.

Corpus iuris civilis, editio Krüger et Mommsen.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen. Berlin 1896.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.

Einleitung.

§ 1.

Geschichtlicher Rückblick.

Die älteste Art der Sicherung einer Forderung durch Pfandbestellung im römischen Rechte war die fiducia. Bei diesem Vertrag erhielt der Gläubiger die zu verpfändende Sache nach außen hin durch mancipatio oder in jure cessio zu vollem quiritischen Eigentum übertragen; im Innenverhältnis verpflichtete er sich dem Verpfänder gegenüber durch ein pactum fiduciae, die Sache getreu zu bewahren und nach Tilgung seiner Forderung zurückzuübereignen.

In diesem Pfandrechtsverhältnis war die Stellung des Gläubigers sehr stark; er hatte volles Verfügungsrecht über die Sache, er konnte sie benutzen und auf Dritte wirksam zu Eigentum übertragen; dagegen konnte der Pfandschuldner bei Verletzung des pactum fiduciae gegen den Gläubiger nur eine rein persönliche Klage auf Rückgabe des Pfandes, die actio fiduciae, geltend machen, die allerdings, wenn der Schuldner mit ihr durchdrang, die Infamie des Gläubigers nach sich zog.

Aber trotz dieser über den Sicherungszweck weit hinausgehenden Verfügungsmacht des Gläubigers war doch seine Stellung, falls der Schuldner seiner Verpflich-

tung nicht oder nicht rechtzeitig nachkam, durchaus nicht günstig; denn eine gesetzliche Berechtigung, das Pfand zu verkaufen und sich aus dem Erlöse zu befriedigen — eine Befugnis, die wir jetzt als einen wesentlichen Bestandteil des Rechtes des Pfandgläubigers anzusehen gewohnt sind — hatte der Fiduziar nicht.

Bei dieser Sachlage erscheint es sehr natürlich, daß bei Abschluß der fiducia häufig, insbesondere in den Fällen, wo Rückzahlung zu einem bestimmten Termin gewünscht wurde, neben dem pactum fiduciae Verabredungen getroffen wurden, die den Zweck hatten, dem Gläubiger für den Fall, daß der Schuldner seine Pflichten vernachlässigte, ein Befriedigungsrecht zu gewähren. Dieser Zweck wurde besonders durch zwei Klauseln erreicht: Das pactum de vendendo, wonach der Gläubiger bei nicht rechtzeitiger Zahlung die Sache behufs Befriedigung aus dem Erlöse verkaufen, und ferner die lex commissoria, wonach er in gleichem Falle sie an Stelle der Forderung endgültig für sich behalten durfte.

Die lex commissoria ist für uns von besonderem Interesse, sie ist der römische Pfandverfallvertrag. „Lex" bedeutet hier, wie so häufig in den Quellen des römischen Rechts, eine einzelne Vertragsbestimmung, eine Nebenabrede, und „commissoria" haben wir zweifellos von „committi" in der Bedeutung „verfallen" abzuleiten (vgl. l. 14 pr. D. 39, 4 und l. 85 § 6 D. 45, 1). Die lex commissoria war ein Bestandteil des Pfandrechts, hatte also dingliche Wirkung: Das Eigentum am Pfande fiel

unmittelbar dem Gläubiger an Stelle der Forderung zu. Dieser hatte also, wenn die Schuld fällig und nicht gezahlt war, die Wahl, entweder die Pfandsache statt der Forderung für sich in Anspruch zu nehmen oder die versicherte Forderung beizutreiben (vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 676). Die lex commissoria wird nach Dernburg (Pfandrecht Bd. 2 S. 277) folgendermaßen gelautet haben: „Si pecunia intra diem certum soluta non sit, fundus creditoris esto".

Die fiducia war durch die Eigentumsübertragung mittels mancipatio oder in jure cessio schwerfällig in ihrer Form, war nur an res mancipi möglich und litt an dem Mangel, daß sie dem Gläubiger eine über den Sicherungszweck hinausgehende Verfügungsmacht gab. Es kam daher neben der fiducia eine andere Art der Pfandbestellung auf, das pignus.

Bei diesem Pfandvertrag erhielt der Gläubiger nicht das Eigentum, sondern nur den Besitz der Pfandsache übertragen; er hatte keinerlei Verfügungsrecht, auch gesetzlich kein Nutzungsrecht an der Sache; er durfte sie nur bis zur Tilgung der Schuld zurückbehalten. Der Druck, der durch diese Rechtslage auf den Schuldner ausgeübt wurde, um ihn zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten, war daher viel geringer als bei der fiducia. Es war daher natürlich, daß auch bei dem pignus sowohl das pactum de vendendo als die lex commissoria üblich und auch bald als rechtlich zulässig anerkannt wurden, und daß sich dieselbe Entwicklung wiederholte, als schließlich

eine Pfandbestellung ohne Hingabe des Pfandobjekts durch bloßen Abschluß eines Pfandvertrags, nämlich der hypotheca, aus dem griechischen Rechte herübergenommen wurde.

In der späteren Kaiserzeit wurde das pactum de vendendo für pignus und hypotheca eine so regelmäßige Abrede, daß es einer ausdrücklichen Vereinbarung nicht mehr bedurfte, sondern daß es als ein naturale negotii galt; und beim Abschluß der Entwicklung des römischen Rechts, im justinianischen Recht, wurde das Verkaufsrecht für so wesentlich für den Begriff des Pfandrechts gehalten, daß man sogar dem vertragsmäßigen Ausschlusse der Pfandverkaufsermächtigung die gewollte Wirkung versagte: Damit war das pactum de vendendo ein essentiale negotii geworden.

Obwohl nun durch diese Rechtsentwicklung dem Pfandgläubiger ein genügendes und der Billigkeit entsprechendes Mittel gegeben war, um sich bei schuldnerischer Pflichtenversäumnis Befriedigung zu verschaffen, so war doch nebenbei die Verabredung der lex commissoria bei der Pfandbestellung sehr üblich geblieben. Bei dem unsozialen Charakter des römischen Rechts, das, entgegengesetzt unserem heutigen Rechte, ganz auf seiten des Gläubigers stand und nicht geneigt war, dem schwächeren Teile im Verkehrsleben zu helfen, ist es einleuchtend, daß die lex commissoria, die eine rasche, leichte, einfache und sichere Lösung der Frage der Realisierung des Pfandrechts ermöglichte, im alten Rom sehr beliebt und viel

in Anwendung war. Dazu bot diese Klausel ein sehr bequemes und einfaches Mittel, um die damaligen Zinswucherverbote zu umgehen; und nachdem im Jahre 285 durch die l. 2 C. 4, 44 die Anfechtung von Verkäufen wegen laesio enormis ermöglicht und den Geldleuten damit ein Hindernis in den Weg gelegt war, in der Form eines Verkaufs die Notlage der Kreditbedürftigen und wirtschaftlich Schwachen auszubeuten, scheint der Pfandverfallvertrag als einziges und letztes gesetzlich zulässiges Mittel zur Erreichung solcher unlauterer Zwecke mehr denn je in Gebrauch gewesen zu sein.

Infolge der obenerwähnten Entwicklung des pactum de vendendo zum natürlichen Bestandteil des Pfandrechts lag aber ein berechtigtes Interesse für die lex commissoria nicht mehr vor: Der Pfandverkauf ist ein sehr geeignetes und vollkommen genügendes Mittel zur Verwirklichung des Pfandrechts und schonte doch zugleich auch die Interessen des Schuldners. Es war daher eine zeitgemäße Tat, die dem Volksempfinden sicherlich entsprach, als Kaiser Constantin im Jahre 320 ein striktes, mit rückwirkender Kraft ausgestattetes Verbot der lex commissoria erließ. Das Edikt ist auch in die Justinianische Gesetzessammlung aufgenommen worden (l. 3 C. de pactis pignorum et de lege commissoria 8, 34) und lautet folgendermaßen: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanc-

tione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa jubemus recuperare quod dederunt.

Durch dieses Gesetz war die Vereinbarung eines Verfalls des Pfandes ohne Ausnahme verboten, gleichgültig ob sie beim Pfandvertrage oder in einem späteren Zeitpunkte getroffen wurde, gleichgültig auch, ob sie im konkreten Fall einen wucherischen Charakter zeigte oder nicht.

Bei Rezeption des römischen Rechts war die Verfallsklausel im deutschen Rechte zulässig (vgl. Stobbe Bd. 2 S. 300, 303, 320). Mit dem römischen Pfandrecht wurde aber auch das Verbot Constantins in Deutschland als Rechtsnorm aufgenommen und ging auch in das kanonische Recht über, das es, seiner sozialen Tendenz zufolge, auf alle wucherischen Verträge, die unter dem Drucke der Geldnot eingegangen wurden, ausdehnte.

In der Reichspolizeiordnung von 1577 wurde das Verbot der Verfallklausel in Titel 20 § 5 „Von Juden und ihrem Wucher" aufrechterhalten, und auch in die neueren landesrechtlichen Kodifikationen ist es überall aufgenommen worden: wir finden es namentlich im bayer. Landrecht von 1755 (II, 6 § 18), im allgem. Landrecht des Königreichs Preußen (I, 20 § 33), im österr. allgem. Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 1371), im code civil (art. 2078), im sächs. Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 383), und in den Pfandgesetzen für Württemberg, Weimar und Hessen; in einigen dieser Gesetze ist das Verbot nur mit der Beschränkung auf die Zeit vor Fälligkeit der durch das

Pfandrecht gesicherten Forderung rezipiert worden, so vor allem im allgem. Landrecht.

In Deutschland ist das Verbot bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Geltung geblieben. Denn die Streitfrage, ob durch das Bundes- spätere Reichsgesetz v. 14. 11. 1867, das in § 1 die Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinssatzes und der durch Vertrag bestimmten Darlehnsvergütung und Konventionalstrafe aufhob, das Verbot der lex commissoria beseitigt worden ist, ist durch Wissenschaft und Praxis (vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 676 Anm. 11; Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 333 und Bd. 4 S. 51) verneinend entschieden worden. Das Reichsgericht erklärte in seinem Urteile v. 5. 10. 1880:

„Das Verbot der lex commissoria ist nicht ein Verbot des Wuchers. Vielmehr enthält die Constantinische lex ein im Interesse des Gemeinwohles erlassenes allgemeines, nicht auf den Wucher beschränktes, absolutes Verbot einer gewissen Verpfändungsweise".

I. Allgemeiner Teil.

§ 2.

1. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Pfandverfallvertrag.

Vom Pfandverfallvertrag handeln im Bürgerlichen Gesetzbuche zwei Paragraphen, nämlich § 1149 und § 1229, und zwar ersterer, soweit ein Grundstück, letzterer, soweit eine bewegliche Sache oder ein Recht Gegenstand des Pfandrechts ist. Die Vorschrift des § 1149 gilt zwar seiner Stellung in dem Titel über die Hypothek nach in erster Linie für die Hypothek; aber gemäß §§ 1192 und 1200 BGB. findet sie auf Grund- und Rentenschulden entsprechende Anwendung. Ebenso ist der § 1229, der zunächst für das Pfandrecht an beweglichen Sachen gilt, gemäß § 1273 Abs. 2 BGB. auf das Pfandrecht an Rechten entsprechend anzuwenden.

Beide Paragraphen waren schon im 1. Entw. des Bürgerlichen Gesetzbuches als §§ 1077 u. 1167 dem Sinne nach gleich vorhanden. Neu ist in § 1149 die Bestimmung, daß die Forderung „dem Eigentümer gegenüber" fällig geworden sein muß. Im übrigen haben die §§ 1077 und 1167 nur redaktionelle Änderungen erfahren (vgl. Prot. Bd. 3 S. 467 u. 573).

Der § 1149 lautet, soweit er hier in Betracht kommt:

Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen.

Der § 1229 bestimmt:

Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig.

2. Vergleich mit dem Verbot der lex commissoria im römischen Recht.

Aus den oben angeführten Paragraphen ersieht man, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch das Constantinische Verbot des Pfandverfallvertrags aufrechterhalten, aber zugleich eine Einschränkung und eine Erweiterung des Verbots hinzugefügt hat. Die Erweiterung liegt darin, daß nicht nur der echte als Bestandteil des Pfandrechts geltende dinglich wirkende Verfallvertrag, sondern auch jeder auf dasselbe Ziel gerichtete obligatorische,[1]) nur unter den beiden Parteien wirkende Vertrag verboten sein soll.

[1]) Die Vereinbarung der Parteien, wonach der Schuldner bei Nichtzahlung verpflichtet sein soll, das Eigentum am Pfandobjekt an den Gläubiger zu übertragen, einen obligatorischen Verfallvertrag zu nennen,

Die Einschränkung dagegen ist dieselbe, die schon in einigen früheren Kodifikationen aufgenommen war und schon oben erwähnt ist. Sie liegt darin, daß das Verbot nur für die Zeit vor Fälligkeit der Forderung gelten soll.

§ 3.

3. Vergleich der §§ 1149 u. 1229 miteinander.

Vergleicht man die §§ 1149 u. 1229 miteinander, so scheinen sie, dem Wortlaute nach, sehr voneinander abzuweichen: tatsächlich besagen sie aber dasselbe und sind nur insoweit voneinander verschieden, als es die im alten deutschen Recht begründete und in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommene, grundsätzlich verschiedene Behandlung der Rechte einerseits an beweglichen, andererseits an unbeweglichen Sachen erforderlich macht. Denn die Worte „vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung" im § 1229 bedeuten nach § 1228 Abs. 2 BGB. dasselbe wie die Worte „solange nicht die Forderung fällig geworden ist" im § 1149. Der Satz 2 des Abs. 2 des § 1228 kann für das Immobiliarpfandrecht nicht in Betracht kommen, da bei der Hypothek der Wert der gesicherten Forderung

---

ist eigentlich nach dem Sprachgebrauch falsch. Denn das Wort „fallen" bedeutet einen Vorgang, der lediglich durch die Schwerkraft verursacht wird und ohne jedes menschliche Zutun erfolgt. Der Kürze des Ausdrucks wegen ist aber die Bezeichnung eines solchen Vertrags als „obligatorischer Verfallvertrag" von der Wissenschaft angenommen und auch in dieser Abhandlung beibehalten worden.

stets in einer bestimmten Geldsumme festgesetzt werden muß (§ 1113 BGB.).

Ebenso besagen die Worte „zum Zwecke der Befriedigung" in § 1149 dasselbe wie die Worte „falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird" in § 1229; denn nur im Falle der Nicht- oder nicht rechtzeitigen Leistung kann ja Befriedigung aus dem Pfandobjekt gesucht werden, da nur in diesem Fall die Forderung fällig wird (§ 1228 Abs. 2 BGB.).

Weiter wird in § 1229 der Pfandverfallvertrag unmittelbar für nichtig erklärt, im § 1149 wird er nur verboten und ist gemäß § 134 BGB. nichtig, weil er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

Verschieden sind die beiden Paragraphen insofern, als im § 1229 sowohl dem dinglichen, eigentlichen Verfallvertrage als auch dem dasselbe Ziel erstrebenden obligatorischen Vertrag, im § 1149 aber nur dem letzteren die Wirksamkeit abgesprochen wird. Diese Verschiedenheit erfordert eine nähere Betrachtung.

Die Motive erklären in Bd. 3 S. 679 ff., ein Verbot des hypothekarischen dinglichen Verfallvertrags sei nicht erforderlich, weil dieser mit dem Wesen der Hypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs unverträglich sei. Wir sind nun der Meinung, daß man dasselbe vom dinglichen Verfallvertrag beim Pfandrecht an Mobilien sagen kann, und daß sich daher die in diesem Punkte vom Gesetzgeber bestimmte Verschiedenheit der §§ 1149 u. 1229 nicht recht-

fertigt. Zur Begründung dieser Ansicht sei folgendes angeführt:

Die Motive sagen zu § 1077 (jetzt § 1149) in Bd. 3 S. 679 u. 680: „Da der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht, für das Sachenrecht nicht gilt, so kann durch Vertrag zwischen den Beteiligten der Hypothek ein anderer als der gesetzlich bestimmte Inhalt nicht gegeben werden, es sei denn daß das Gesetz selbst eine Änderung seiner bezüglichen Bestimmung zuläßt". Aus dieser Erwägung ziehen die Motive die Schlußfolgerung, daß der mit Bestellung einer Hypothek verbundene „Verfallvertrag dingliche Wirkung nicht haben kann, da er den durch die §§ 1062 u. 1075 (jetzt §§ 1113 u. 1147) gegebenen Inhalt der Hypothek wesentlich verändern, eine besondere Kategorie von Hypotheken schaffen würde".

Hiermit begründen die Motive, warum ein besonderes Verbot des echten, dinglich wirkenden Verfallvertrags in den § 1077 — jetzt § 1149 — nicht mit aufgenommen worden ist. Dieser Begründung kann man vollinhaltlich zustimmen, sie ist auch in der Wissenschaft und Praxis durchaus gebilligt worden (vgl. Kretzschmar zu § 1149 Ziff. 1; Turnau-Förster zu § 1149 Ziff. 1; Planck zu § 1149 Ziff. 1; Fuchs zu § 1149 unter 1a). Aber diese Begründung trifft in gleicher Weise für den bei Bestellung eines Mobiliarpfandrechts geschlossenen Verfallvertrag zu. Denn der Inhalt des Pfandrechts an beweglichen Sachen ist ebenfalls durch zwingendes Recht gesetzlich fest begrenzt;

das Gesetz läßt auch ein Mobiliarpfandrecht mit anderem Inhalt als dem gesetzlichen nicht zu. § 1228 BGB. sagt: „Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf". Diese Bestimmung, die zum Schutze des Pfandeigentümers getroffen ist, ist unabänderlich und kann nicht durch Vereinbarung der Parteien beseitigt werden. Nun sind zwar die Parteien gemäß § 1245 Abs. 1 BGB. befugt, über die Art des Pfandverkaufs von den gesetzlichen abweichende Bestimmungen mit dinglicher Wirkung zu treffen, doch dürfen diese keinesfalls so weit gehen, daß der Pfandverkauf selbst illusorisch gemacht wird, insbesondere können die Parteien nicht ausmachen, daß die Befriedigung durch Anfall zu Eigentum an den Gläubiger erfolge. Aber selbst die sehr zweifelhafte Möglichkeit, daß die Parteien auf Grund von § 1245 Abs. 1 BGB. eine solche Art des Pfandverkaufs vereinbarten, daß damit das Ziel der lex commissoria erreicht würde, ist durch den Abs. 2 des § 1245 gänzlich abgeschnitten. Denn hier sagt das Gesetz ausdrücklich, daß auf die Beobachtung der Vorschrift über den Verkauf im Wege öffentlicher Versteigerung und deren Bekanntmachung nicht vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung verzichtet werden kann. Es ist also zwingendes Recht, daß die Befriedigung des Gläubigers aus der Sache nur mittels Pfandverkaufs erfolgen kann. Diese gesetzliche Vorschrift ist Inhalt eines jeden Mobiliarpfandrechts, ein dem entgegenstehender Inhalt kann dem Pfandrecht durch Parteivereinbarung nicht gegeben werden. Daher geht

schon aus § 1228 in Verb. mit § 1245 Abs. 2 die Nichtigkeit eines Mobiliarpfandverfallvertrages mit dinglicher Wirkung hervor; das Verbot eines solchen Vertrags ist in § 1228, der im Verhältnis zu § 1229 lex generalis ist, ebenso mit enthalten, wie im § 1147 BGB. das Verbot des hypothekarischen dinglichen Verfallvertrags.

Auch die Begründung der Motive (Bd. 3 S. 828) zu § 1177 — jetzt § 1245 — spricht nur für die Richtigkeit unserer Schlußfolgerungen, so insbesondere der Satz 1: „Die Regelung des Pfandverkaufs in §§ 1169—1176 — jetzt §§ 1234—1240 — bestimmt den Normalinhalt des Rechts des Gläubigers; dieser Normalinhalt des Pfandrechts ist, soweit nicht eine vertragsmäßige Erweiterung desselben im Gesetz zugelassen ist, zugleich der Maximalinhalt", und ferner: „Aber auch vertragsmäßige Erweiterungen des Rechts des Gläubigers sind bis zu einer gewissen Grenze zuzulassen. Ein Vertrag der bezeichneten Art ist dinglicher Natur".

Welche Erwägungen den Gesetzgeber bei der verschiedenen Behandlung des Mobiliar- und Immobiliarpfandrechts geleitet haben, ist also aus den Motiven nicht zu ersehen. Vielleicht hat er die Nichtigkeit des Mobiliarpfandverfallvertrags noch besonders hervorheben wollen, weil er meint, diese wäre aus den generellen Regeln über den Inhalt des Pfandrechts an beweglichen Sachen mit Rücksicht auf die dispositive Natur der Bestimmungen über die Art des Pfandverkaufs nicht so klar ersichtlich wie im Hypothekenrecht. Vielleicht ist er

auch unbewußt von dem Gedanken geleitet worden, daß der hypothekarische Pfandverfallvertrag noch aus einem anderen, in den Motiven nicht angegebenen, nur für das Grundstücksrecht geltenden, allgemeinen Grunde ungültig ist, nämlich wegen der Vorschrift über die Unwirksamkeit einer bedingten Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB.), während doch bewegliche Sachen bedingt übereignet werden können. So scheint auch Fuchs — zu § 1149 Ziff. 3a — entgegen den Motiven diese für Eigentumserwerb an Mobilien und Immobilien verschiedenen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den eigentlichen Grund der abweichenden Fassung der §§ 1149 u. 1229 zu halten.

§ 4.

4. Zweck des Verbots des Pfandverfallvertrags.

Nach den Motiven (Bd. 3 S. 680) ist der Zweck dieses Verbots derselbe, den Kaiser Constantin bei Erlaß seines Ediktes über die lex commissoria verfolgt hat. Damals waren es die captiones und die crescens asperitas der Gläubiger, die den Anlaß zu dem Verbote der lex commissoria gaben. In einer Zeit, wo der Wucher nur durch Zinsverbote beschränkt, im allgemeinen aber geduldet und tatsächlich sehr in Übung war, wollte Kaiser Constantin den Wucherern eine bis dahin sehr leichte Gelegenheit nehmen, sich auf Kosten bedrängter Schuldner zu bereichern, wollte ihnen einen der Wege, und zwar einen

besonders bequemen, der wucherischen Ausbeutung ein für allemal versperren und dadurch einen Anreiz zum Wucher beseitigen. Das Gesetz sollte kein reines Wuchergesetz sein und nicht bloß dann zur Wirksamkeit kommen, wenn im Einzelfall die lex commissoria einen Wucher enthielt, sondern es sollte ein absolutes, striktes Verbot des Pfandverfallvertrags darstellen; die Führung eines Beweises für die wucherische Absicht des Gläubigers sollte überflüssig sein (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 333).

Auch die Motive erklären, daß den Gesetzgeber bei Statuierung des Verbots des Pfandverfallvertrags der Gedanke geleitet habe, es solle dadurch „ein Mittel zur Bedrückung der unvorsichtigen und in einer Notlage befindlichen Schuldner" beseitigt werden (Mot. Bd. 3 S. 820). Doch sollten „auch die Vorschriften der §§ 1149 u. 1229 durchaus nicht in der Wuchergesetzgebung allein ihre Stütze finden" (Mot. Bd. 3 S. 680). Die Bestimmungen des Reichsgesetzes betr. den Wucher v. 24. 5. 1880 — so sagen die Mot. in Bd. 3 S. 820 — würden unter Umständen auch die Gültigkeit der lex commissoria beim Pfandrecht in Frage stellen; doch würde die Anwendbarkeit dieser Vorschriften von dem Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des gesetzlich verbotenen Wuchers abhängen, während hier so weit zu gehen ist, daß die lex commissoria beim Pfandvertrag an sich, ohne Rücksicht auf die besondere Gestaltung des Falles von der Nichtigkeit getroffen wird.

5. Wirkung des Verbots des Pfandverfallvertrags auf den Pfandvertrag selbst.

Der Pfandverfallvertrag ist eine Nebenvereinbarung zu einem Pfandvertrag. Nach § 139 BGB. ist daher durch die Hinzufügung eines gesetzlich verbotenen und daher nichtigen Verfallvertrages auch der Hauptvertrag nichtig, falls nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne die nichtige Vereinbarung abgeschlossen sein würde.

Nach diesem allgemeinen Überblick über die Gestaltung des Pfandverfallvertrags im Bürgerlichen Gesetzbuche gehe ich nun zur näheren Erörterung und Prüfung des Inhalts der beiden einschlagenden Paragraphen über und behandle zunächst, der Reihenfolge des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend, den § 1149.

II. Der Pfandverfallvertrag beim Grundpfandrecht im besonderen.

§ 5.

1. Beschränkung des Verbots auf den obligatorischen Verfallvertrag.

Wie ich schon im allgemeinen Teil ausgeführt habe, kann sowohl wegen der zwingenden Natur der sachenrechtlichen Vorschriften als wegen der Unwirksamkeit der bedingten Auflassung die Bestimmung des § 1147 BGB., daß die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, nicht mit dinglicher Wirkung abgeändert werden. Dagegen würde an sich nichts entgegenstehen, daß die Beteiligten unter sich abweichende Bestimmungen träfen. So würden sie insbesondere auch, wie dies zum Teil die bisherigen Rechte zuließen, vereinbaren können, daß dem Gläubiger das Recht zustehe, zum Zweck seiner Befriedigung die Übertragung des Eigentums am Grundstücke zu verlangen. Durch solche Vereinbarungen würde die Absicht des Gesetzgebers, zum Schutze des Schuldners und zur Schaffung eines soliden Grundkredits nur eine Hypothek von bestimmtem Inhalt auszugestalten und Nebenformen nicht

zu dulden und damit die Beziehungen zwischen Hypothekengläubiger und Eigentümer vor dem Eindringen eines der Hypothek an sich fremden Elements zu bewahren, umgangen und vereitelt werden (vgl. Mot. Bd. 3 S. 680). Daher werden sie ausdrücklich durch § 1149 BGB. verboten.

2. Zeitliche Beschränkung des Verbots.

Das Verbot des § 1149 beschränkt sich auf die Zeit *vor* Eintritt der Fälligkeit der Forderung, und zwar muß diese gegenüber dem Eigentümer fällig geworden sein. Es ist also der Zeitpunkt der Fälligkeit der Hypothek maßgebend (vgl. BGB. § 1141).

Ist die Forderung lediglich gegenüber dem vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner fällig geworden, so steht dem Eigentümer der Vertragsabschluß nicht zu. Der *nach* Fälligkeit der Hypothek geschlossene obligatorische Verfallvertrag soll gültig sein. Die Motive (Bd. 3 S. 681) sagen, „es hätte ein erheblicher Grund zur Beanstandung seiner Gültigkeit nicht vorgelegen". Tatsächlich ist nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung eine die Unzulässigkeit einer solchen Vereinbarung rechtfertigende Gefahr für den Eigentümer nicht mehr vorhanden; dieser weiß dann genau, ob er Zahlung leisten kann, und wird auf die Verfallsklausel nur eingehen, wenn sie ihm für seine Person ebenfalls vorteilhaft erscheint (vgl. *Kretzschmar* zu § 1149 Ziff. 3). Geschützt

bleibt er auch in diesem Falle immer noch durch das Wucherverbot des § 138 BGB.

§ 6.

3. Streitfragen.

a) Erwerb des Grundstücks für bestimmten Preis.

Steht der Gültigkeit einer Verabredung, durch die dem Gläubiger vom Eigentümer das Recht eingeräumt wird, das ihm verpfändete Grundstück noch vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit seiner Forderung für einen bestimmten Preis zu erwerben, der § 1149 entgegen?

Diese Frage ist zu verneinen. Denn wie schon das Reichsoberhandelsgericht in seiner für das preußische Recht ergangenen Entscheidung (Bd. 7 S. 65) mit Recht ausgeführt hat, liegt dieser Fall nicht so, daß der Leichtsinn eines Schuldners vom Gläubiger ausgebeutet werden kann, sondern dem Gläubiger ist hier ohne Rücksicht darauf, ob am Verfalltage Zahlung erfolgt oder nicht, das Recht eingeräumt, sofort nach Abschluß des Vertrags nach freiem Belieben die Pfandsache zu einem bestimmten Preis zu erwerben. Der Schuldner wußte hier von vornherein, daß der Gläubiger unter allen Umständen, mochte Verzug in der Zahlung eingetreten sein oder nicht, von dem Vorbehaltsrechte Gebrauch machen dürfe, konnte also nicht durch die trügerische Hoffnung, zu bestimmter Zeit zahlen zu können, zu der Vereinbarung verleitet worden sein (ebenso Kretzschmar zu § 1149 Ziff. 2; Turnau-

Förster zu § 1149 Ziff. 1; Staudinger zu § 1149 Ziff. 1 a α; Planck zu § 1149 Ziff. 2; Biermann zu § 1149 Ziff. 3).

§ 7.

b) Auflösend bedingte Rechtsgeschäfte unter gleichzeitiger Verpfändung des Grundstücks.

Wie steht es ferner mit der Gültigkeit einer Vereinbarung des Inhalts, daß an den Veräußerer, dem wegen rückständigen Kaufgeldes eine Hypothek an dem verkauften Grundstück bestellt ist, das Eigentum am Grundstück zurückfallen solle, wenn der Kaufpreis nicht pünktlich bezahlt wird? Wird eine solche Vereinbarung durch § 1149 verboten?

Die Motive (Bd. 3 S. 681) verneinen diese Frage und erklären, es „entschieden in dieser Hinsicht die Bestimmungen über die auflösende Bedingung". Sie meinen damit die Vorschriften des § 871 des 1. Entw., die für den Fall der auflösend bedingten Auflassung gegeben waren. Im 1. Entw. war nämlich in § 870 nur die Auflassung mit aufschiebender Bedingung verboten, dagegen die auflösend bedingte gestattet und gesetzlich geregelt worden. Erst im 2. Entw. wurde jede bedingte oder betagte Auflassung für unwirksam erklärt (§ 925 Abs. 2 BGB.), und man leistete dem Bedürfnisse einer bedingten Übertragung des Eigentums an Grundstücken durch die Bestimmung Genüge, daß der bedingte und

betagte obligatorische Anspruch auf Übertragung des Eigentums durch eine Vormerkung dinglich gesichert werden könne (vgl. Denkschr. S. 131 u. 132).

Infolge dieses Verbots der bedingten Auflassung kann von der Vereinbarung eines unmittelbaren Rückfallrechts zugunsten des früheren Eigentümers nicht mehr die Rede sein. Obige Vereinbarung würde aber gemäß § 133 BGB. so auszulegen sein, daß dem Veräußerer für den Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung ein Rücktrittsrecht im Sinne von § 346 BGB. eingeräumt werden sollte.

Ein solcher Vertrag ist zweifellos als nicht unter § 1149 fallend und daher als gültig anzusehen. Denn hier ist die Verabredung des Rücktrittsrechts die Hauptsache, die Bestellung der Hypothek Nebensache. Ohne die Verpfändung des Grundstücks wäre der Vertrag auf jeden Fall gesetzlich zulässig; die Einräumung der Hypothek zugunsten des Verkäufers, der sich dadurch noch dinglich sichern will, kann ihn nicht unzulässig machen. Der Rücktrittsberechtigte macht ja sein Recht auf Wiedererlangung des Eigentums am Grundstücke nicht als Pfandgläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung, sondern als Verkäufer geltend, und im Falle des Rücktritts wird die Forderung des Veräußerers nicht befriedigt, sondern sie erlischt (vgl. Mot. Bd. 3 S. 681).

Der Vertrag bedürfte aber nach § 313 BGB. zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Einer dinglichen Sicherung des Anspruchs auf Rückübertragung des Eigentums im Falle nicht pünktlicher Zahlung durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch steht kein Hindernis entgegen (ebenso Planck zu § 1149 Ziff. 2; Staudinger zu § 1149 Ziff. 1 $a\beta$; Biermann zu § 1149 Ziff. 3; Turnau-Förster zu § 1149 Ziff. 1; Endemann S. 756; Dernburg, Das bürgerl. R. S. 800 Anm. 3; anders Kretzschmar zu § 1149 Ziff. 2).

§ 8.

4. Rechtslage nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung.

Nach diesem Zeitpunkte ist eine Verabredung zwischen Eigentümer und Gläubiger, daß letzterer das Recht haben soll, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu erlangen, gesetzlich an und für sich gestattet. Zu ihrer Gültigkeit bedarf sie nach § 313 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Dingliche Wirkung haben solche Verträge nicht. Sie binden also nur den Eigentümer, der dem Gläubiger die weitergehenden Rechte eingeräumt hat, für seine Person und seinen allgemeinen Rechtsnachfolger, nicht aber auch einen Sondernachfolger; sie können auch nicht durch Eintragung ins Grundbuch zu dinglicher Wirksamkeit gebracht werden (so auch Planck zu § 1149 Ziff. 1; Stau-

dinger zu § 1149 Ziff. 2e; Kretzschmar zu § 1149 Ziff. 3; Biermann zu § 1149 Ziff. 1). Fuchs dagegen — zu § 1149 Ziff. 1 — ist der Meinung, der § 1149 schaffe für das Sachenrecht eine Erweiterung der Vertragsfreiheit und gestatte, daß der Hypothek nach Eintritt ihrer Fälligkeit ein anderer Inhalt gegeben werde, und zwar dergestalt, daß zwischen Eigentümer und Gläubiger ein dinglicher Verfallvertrag vereinbart und ins Grundbuch eingetragen werde. Er hält also die Bestimmung des § 1149 für eine das Verbot der lex generalis des § 1147 BGB. teilweise aufhebende lex specialis. Doch widerspricht dieser Ansicht der Wortlaut des § 1149, der ausdrücklich nur von einer Vereinbarung redet, durch die der Eigentümer dem Gläubiger das Recht einräumt, die Übertragung des Eigentums zu verlangen.

Ist aber auch der Anspruch aus einer solchen Vereinbarung nach der richtigen Ansicht kein dinglicher, so kann er doch nach § 883 Abs. 1 BGB. durch eine Vormerkung dingliche Sicherung erhalten (ebenso Planck, Turnau-Förster, Staudinger, Kretzschmar an den oben angeführten Stellen).

Den Rechten der übrigen Gläubiger kann natürlich eine durch § 1149 zugelassene Abrede keinen Abbruch tun. An dem aus dem Grundbuche sich ergebenden Rangverhältnis der Forderungen wird nichts geändert. Stehen hinter der Hypothek des Gläubigers noch andere Hypotheken, so kann der Gläubiger das Grundstück nur mit

diesen Hypotheken belastet erwerben. Die vom Eigentümer etwa übernommene Verpflichtung zur Beseitigung der Hypotheken ändert hieran nichts. Erst von dem Zeitpunkte an, wo für den Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstücke eine rechtswirksame Vormerkung eingetragen ist, wird die Rechtslage für die Gläubiger eine andere (vgl. Staudinger zu § 1149 Ziff. 2 a u. d; Kretzschmar zu § 1149 Ziff. 4; Böhm zu § 1149 Ziff. III).

Ist der persönliche Schuldner und der Eigentümer nicht identisch, so wird ersterer vor Beeinträchtigung seiner Rechte durch Vereinbarungen zwischen Eigentümer und Gläubiger durch die Vorschriften der §§ 1165 u. 1166 geschützt.

III. Der Pfandverfallvertrag im Pfandrechte an beweglichen Sachen.

§ 9.

1. Ausdehnung des Verbots auf den dinglichen Verfallvertrag.

Der § 1229 BGB., der den Mobiliarverfallvertrag behandelt, unterscheidet sich, wie schon oben erwähnt, von § 1149 wesentlich dadurch, daß er außer den obligatorischen auch den echten, dinglichen Verfallvertrag vor Eintritt der Verkaufsberechtigung für nichtig erklärt. Im Grundstücksrecht wäre ein solcher Vertrag schon deshalb nicht zulässig, weil jede bedingte oder betagte Auflassung durch § 925 Abs. 2 BGB. für unwirksam erklärt ist. Im Pfandrecht an beweglichen Sachen dagegen gilt ja allerdings der Grundsatz, daß die Einigung über die Übertragung des Eigentums nicht bedingt oder betagt sein dürfe, nicht, und es wäre daher ein dinglicher Mobiliarverfallvertrag nicht schon aus diesem Grunde unwirksam. Geht man aber von der allgemeinen, auch von den Motiven vertretenen Anschauung aus, daß die sachenrechtlichen Normen zwingendes Recht sind, so muß man die verschiedene Behandlung des Verfallvertrags im Mobiliar- und Im-

mobiliarpfandrecht und demgemäß die Fassung des § 1229 für unrichtig erklären: die Worte „zufallen oder" in § 1229 erscheinen hiernach überflüssig. Das Verbot des obligatorischen Verfallvertrags würde hier ebenso genügen wie in § 1149. Der an und für sich zulässige obligatorische Verfallvertrag mußte aber aus denselben Gründen wie im Grundstückspfandrecht (s. oben unter II, 1) verboten werden.

2. Zeitliche Beschränkung des Verbots.

Nichtig ist nur die Verabredung des Pfandverfallvertrags, die vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffen worden ist, also bei Pfandrechten zur Sicherung einer Geldforderung nach § 1228 Abs. 2 BGB., bevor die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. Ist der Gegenstand der geschuldeten Leistung nicht Geld, so tritt die Verkaufsberechtigung erst mit dem Zeitpunkte ein, wo die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist. Diese Vorschrift steht im Einklang mit den Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners, da ja der Pfandverkauf denselben Zwecken dient.

Die Gründe für die zeitliche Beschränkung des Verbots sind dieselben, die ich oben unter II, 2 angeführt habe; mit dem Eintritte der Verkaufsberechtigung sind eben die Gründe für das Verbot weggefallen. Der Schuldner wird dann gegen wucherische Ausbeutungen nur noch durch den § 138 BGB. geschützt.

3. Ausdehnung des Verbots auf das Handelsrecht.

Gemäß Art. 2 EG. z. HGB. gilt § 1229 BGB. auch in Handelssachen.

4. Streitfragen.

§ 10.

a) Überlassung zum Börsen- oder Marktpreis.

Ist der § 1229 auch anzuwenden, wenn Gläubiger und Eigentümer vereinbart haben, daß Pfandsachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, bei nicht rechtzeitiger Zahlung dem Gläubiger zum Börsen- oder Marktpreis überlassen werden sollen?

Die Motive (Bd. 3 S. 821) bejahen diese Frage und begründen ihre Meinung folgendermaßen: „Eine solche lex commissoria mag immerhin einen minder bedrohlichen Charakter haben; immerhin bleibt eine solche Bindung des Eigentümers für denselben gefährlich und ist geeignet, unlauteren Spekulationen desselben Vorschub zu leisten. Es liegt kein genügender Grund vor, für derartige Vereinbarungen eine Ausnahme zu bestimmen".

Es soll also nach Auffassung der Motive nicht bloß die Vereinbarung, daß die Sache an Stelle der Forderung dem Gläubiger zufallen, sondern auch die Abrede, daß die Sache zu einem Preis, der unabhängig von der Höhe der Forderung erst am Verfalltage zu ermitteln ist, z. B.

zum Börsen- oder Marktpreis des Verfalltages, dem Gläubiger verkauft sein und der Preis dann auf die Forderung aufgerechnet werden soll, unzulässig sein. Da § 1229 ein striktes Verbot der Verfallsklausel erläßt und die Worte „an Stelle der Forderung“ nicht enthält, so muß dieser Auffassung zugestimmt werden (vgl. Staudinger zu § 1229 Ziff. 2; Biermann zu § 1229 Ziff. 1; Kretzschmar zu § 1229 Ziff. 2; Planck zu § 1229 Ziff. 1).

Damit geht das Bürgerliche Gesetzbuch über das gemeine Recht hinaus; denn in diesem war nicht jeder Verkauf der Pfandsache an den Gläubiger für den Fall der Nichtzahlung ausgeschlossen, namentlich nicht ein Verkauf gegen den Schätzungswert (vgl. l. 12 pr. D. 20, 5 und l. 16 § 9 D. 20, 1).

Eck wendet sich in seinen Vorträgen über das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. 2 S. 338 u. 339 in scharfer Weise gegen diese Strenge des Verbots des § 1229 und die Begründung der Motive. Er stellt den Fall auf, es sei eine Vereinbarung des Inhalts getroffen, daß 1000 Mk. preußische Konsols verpfändet seien und am Verfalltage zum Kurswert in das Eigentum des Gläubigers übergehen sollten, falls der Schuldner nicht zahlt, und erklärt dann weiter: „Wieso die Verabredung, daß der Gläubiger am Verfalltage Eigentümer der 1000 Mark Konsols zu ihrem Kurswerte werden solle, wenn der Schuldner nicht zahle, unlauteren Spekulationen des Eigentümers Vorschub leisten soll, ist nicht einzusehen. Vielleicht war an unlautere Spekulationen des Gläubigers gedacht; aber

auch das ist nicht einzusehen. Nach der Bestimmung des § 1229 kann sich der Gläubiger die Konsols nicht aneignen, und wenn er im Vertrauen auf die getroffene Abrede sie etwa an einen Dritten verschenkt oder verpfändet hat, kann er wegen Unterschlagung belangt werden (falls nicht Irrtum). Er muß also nach Eintritt seiner Verkaufsberechtigung den Verpfänder zu einem neuen Überlassungsvertrag bestimmen; auf den alten vor Eintritt der Verkaufsberechtigung darf er sich nicht berufen. Willigt der Verpfänder nicht ein, so muß der Gläubiger die Konsols zum Verkauf bringen, wobei natürlich Zeit, Provision und Stempel verloren gehen. Aber lex ita scripta est".

Diese Ausführungen Ecks haben gewiß große Berechtigung. Zunächst glauben auch wir, daß der Gesetzgeber wohl nur an unlautere Spekulationen des Gläubigers gedacht hat, und daß die falsche Fassung der Begründung nur auf einem Versehen des Redakteurs beruht; denn wie der verpfändende Eigentümer auf diese Weise unlauter spekulieren soll, ist wirklich nicht einzusehen. Dagegen ist dies, was den Gläubiger anbetrifft, nicht so ausgeschlossen, wie es Eck annimmt. Denn der Gläubiger hat doch immer am Verfalltage die Wahl, ob er von seiner aus dem Pfandvertrag hervorgehenden Berechtigung, die Pfandsachen zum Börsen- oder Marktpreis sich anzueignen, Gebrauch machen oder seine Forderung beitreiben will. Nimmt man nun an Stelle der Konsols andere Sachen, seien es Wertpapiere oder Waren, die in ihrem Werte viel stärkere zeitliche Schwankungen zeigen, so könnte

schon bei einer starken Differenz zwischen dem Werte zur Zeit des Abschlusses des Vertrags und zur Zeit des Verfalltages die Befugnis des Gläubigers, bei gesunkenem Wert die Sachen anzunehmen, aber bei gestiegenem Wert sich an die Forderung zu halten, eine gewisse Bedrückung des kreditbedürftigen Schuldners darstellen, und die gesetzliche Möglichkeit, solche Vereinbarungen zu treffen, könnte wohl einen Gläubiger zu einer Spekulation, wo er nur gewinnen, aber nicht verlieren kann, anreizen. Aber — und insoweit muß man Eck zustimmen — eine lex commissoria dieses Inhalts hat nicht nur, wie die Motive selbst zugeben, regelmäßig einen minder bedrohlichen, sondern sogar einen sehr wenig bedrohlichen Charakter, und da es nicht zweckmäßig ist, den Verkehr durch überflüssige Verbotsbestimmungen zu beschränken und zu belästigen, so ist es auch unsere Ansicht, daß die Vorschrift zu weit und über das angestrebte Ziel hinausgeht. Der § 138 BGB. würde hier zum Schutze des Schuldners genügen.

§ 11.

b) Auflösend bedingte Rechtsgeschäfte unter gleichzeitiger Pfandbestellung.

Die Eigentumsübertragung unter der auflösenden Bedingung der Nichtbewirkung der Gegenleistung wird, wie die Motive (Bd. 3 S. 821 unter Ziff. 5) erklären, auch dann durch das Verbot des § 1229 nicht getroffen, wenn die Übertragung des Eigentums durch constitutum

possessorium erfolgt und der Veräußerer die Sache als Pfand für den Kaufpreis innebehält. Ebenso verhält es sich, wenn sich der Veräußerer für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises ein obligatorisches Rückkaufsrecht ausbedingt. Diese Gesetzesauslegung entspricht derjenigen beim Pfandverfallvertrag im Hypothekenrecht (s. oben unter II, 3 b) und ist von der Wissenschaft allgemein akzeptiert (vgl. Biermann zu § 1229 Ziff. 1; Kretzschmar zu § 1229 Ziff. 3; Planck zu § 1229 Ziff. 1 b; Dernburg, Bürgerl. R. S. 800 Anm. 8). Diese Interpretation ist zweifellos richtig; denn wie schon früher auseinandergesetzt, hat sich in einem solchen Falle der Berechtigte den Rückfall nicht als Pfandgläubiger, sondern als Verkäufer vorbehalten.

§ 12.

c) Gilt das Verbot des Pfandverfallvertrags auch für die Sicherheitsübereignung? [1])

Das Publizitätsprinzip im Pfandrecht, das vom Bürgerlichen Gesetzbuche im Gegensatz zum römischen Recht, aber in Übereinstimmung mit dem alten heimischen

[1]) Die Sicherheitsübereignung kann auch bei Grundstücken vorkommen. Doch liegt hier ein praktisches Bedürfnis weit weniger vor; denn der Schuldner, der Sicherheit durch das Grundstück gewähren will, hat ja das bequeme Mittel der Hypothekenbestellung, das dem Gläubiger Sicherheit gibt, ohne dem Schuldner den Besitz zu entziehen. Wir sprechen daher hier nur von der Sicherung einer Forderung durch Übereignung von Mobilien.

Recht statuiert worden ist und im Mobiliarpfandrecht in der Vorschrift des § 1205 BGB., wonach zur Bestellung eines Pfandrechts die Übergabe der Pfandsache an den Gläubiger erfordert wird, zum Ausdruck gekommen ist, hat im Laufe der letzten Jahrzehnte ein neues Rechtsinstitut gezeitigt oder wenigstens zu allgemeinerer Anwendung gebracht, das mit der alten römischen Fiduzia große Ähnlichkeit hat, nämlich die sogen. Sicherheits- oder Sicherungsübereignung.

Durch die Abschaffung der römischen Mobiliarhypothek hatte man den Realkredit sicherstellen und dem kreditgewährenden Gläubiger einen möglichst klaren Einblick in den Stand der Vermögensverhältnisse des Kreditsuchenden geben und wohl auch die zum Haushalt und Gewerbebetrieb notwendigen Sachen der Möglichkeit der Verpfändung entziehen wollen. Dieser Zweck ist dadurch auch vollkommen erreicht worden; aber es hat sich doch im Laufe der letzten Jahrzehnte mehr und mehr gezeigt, daß das Verbot der Mobiliarhypothek neben großen Vorteilen auch einen nicht unwesentlichen Nachteil für unser Verkehrsleben mit sich gebracht hat, daß es nämlich auch den gesunden Mobiliarkredit eingeengt und schwer getroffen hat. Gerade den kleinen Leuten, insbesondere den kleineren Gewerbetreibenden, die wenig kapitalkräftig und daher auf die Ausnutzung ihres Kredits besonders angewiesen sind, wurde durch die Abschaffung der Hypothek an beweglichen Sachen die Möglichkeit, sich Kredit zu verschaffen, sehr beschränkt. Gewiß ist es ein Ge-

danke gesunder Sozialpolitik, das, was dem Schuldner zu seinem Gewerbe und zur Lebenshaltung unentbehrlich ist, wie der Pfändung, so auch der Verpfändung unzugänglich zu machen; aber wenn dieser durch solche Fürsorge des Gesetzes der einzigen Möglichkeit beraubt wird, sich Kredit zu verschaffen, so wird der Schaden dieses Gesetzesschutzes größer sein als wie der Nutzen, und da sich nun im Laufe der Jahre die Möglichkeit, sich durch Verpfändung der zum Haushalt und Gewerbebetrieb unentbehrlichen Sachen Kredit zu verschaffen, immer mehr als ein dringendes Bedürfnis des Verkehrslebens herausgestellt hat, so mußte es mit Genugtuung begrüßt werden, daß die höheren Gerichte, insbesondere das Reichsgericht, ohne erst das Arbeiten der schwerfälligen Gesetzgebungsmaschinerie abzuwarten, dem wirtschaftlichen Bedürfnisse der Zeit Rechnung getragen und erklärt haben, daß auch die Eigentumsübertragung dem Zwecke der Sicherstellung dienstbar gemacht, daß das Eigentum auch lediglich zu dem Zwecke, dem Inhaber einer Forderung Sicherstellung zu verschaffen, übertragen werden könne. Der Rechtsprechung ist auch die Wissenschaft mehr und mehr gefolgt, und man kann heute sagen, daß sich die herrschende Ansicht in Wissenschaft und Praxis endgültig zugunsten der Sicherungsübereignung entschieden hat.

Zunächst freilich hatte die Wissenschaft teilweise schwere Bedenken gegen die Gültigkeit von Sicherungsübereignungen. Die einen erklärten sie für simulierte, die anderen für in fraudem legis, nämlich zur Umgehung des Ver-

bots der Mobiliarhypothek abgeschlossene Geschäfte. Besonders die letztere Meinung ist auch heute noch vielfach vertreten und es werden gewichtige Gründe dafür angeführt. Es ist ja auch tatsächlich kein Zweifel, daß man durch die Sicherungsübereignung, falls die Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium erfolgt,[1]) der Bestimmung des § 1205 BGB., daß nur durch Übergabe der Pfandsache an den Gläubiger ein Pfandrecht daran bestellt werden kann, aus dem Wege gehen kann. Jedoch würde in der Sicherungsübereignung ein in fraudem legis vorgenommenes Geschäft, wie das Reichsgericht mit Recht bemerkt (Entsch. Bd. 59 S. 147), nur dann zu finden sein, „wenn dem § 1205 die Tragweite beizumessen wäre, daß die Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen des Schuldners nur im Wege der Verpfändung nach Maßgabe jener Vorschrift sollte erfolgen dürfen, und daß nach dem Willen des Gesetzes jede andere Form pfandrechtlicher Sicherung habe ausgeschlossen sein sollen. Diese Auslegung des Gesetzes ist aber weder nach dem Wortlaut noch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geboten, und solange nicht ein ab-

---

[1]) Denkbar ist natürlich auch eine Sicherungsübereignung mit Übergabe der Sache. Doch wird eine solche in der Praxis selten vorkommen, da in diesem Falle der Weg der Verpfändung der einfachere ist. Grund zu einer derartigen Sicherheitsübereignung könnte der Wunsch des Gläubigers sein, ein stärkeres Recht — Eigentum statt Pfandrecht — zu erhalten und von den gesetzlichen Vorschriften über die Befriedigung aus dem Pfande frei zu sein.

weichender Wille des Gesetzgebers klar erhellt, muß es gestattet sein, daß die Beteiligten für die Erlangung von Kredit durch Realsicherheit auch einen anderen Weg einschlagen als den der Verpfändung. Wenn dieser Weg zur Anwendbarkeit des sogen. Besitzkonstituts anstatt der körperlichen Übergabe führt, so ist auch darin kein Verstoß gegen den nur auf die Belastung einer Sache mit einem Pfandrecht bezüglichen § 1205 zu finden".

In der Tat kann man aus den §§ 1204, 1205 schwerlich ein Verbot jeder anderen Sicherstellung einer Forderung durch bewegliche Sachen herauslesen: § 1204 gibt nur den Begriff und den allgemeinen Inhalt des Pfandrechts und § 1205 nur die Voraussetzungen an, unter denen die Bestellung eines Pfandrechts im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgen kann. Die §§ 1204 und 1205 sind also keine Verbotsgesetze, wie noch zuweilen behauptet wird. Andererseits geht ja aus § 223 Abs. 2 BGB. klar hervor, daß eine Sicherstellung von Forderungen auch durch Eigentumsübertragung erfolgen, daß also Eigentum übertragen werden kann lediglich zu dem Zwecke, dem Inhaber einer Forderung Sicherstellung zu verschaffen. In dem Rechtsinstitut der Sicherungsübereignung liegt also keine Umgehung des Gesetzes; sie ist vom Gesetz neben dem Pfandrecht als Sicherungsmittel zugelassen (ebenso Hallbauer im Recht 1905 S. 652 ff.; Linckelmann im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 7 S. 209 ff.; Lilienthal in der DJZ. 1902 S. 542; Luetgebrune, Die Sicherungsübereignung 1906; anders

Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien S. 70 ff.).

Daß die Sicherungsübereignung mit einem Kauf verbunden wird, ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht erforderlich. Früher war ja allerdings das obligatorische Rechtsgeschäft des Kaufs zur Gültigkeit der Eigentumsübertragung notwendig; im Bürgerlichen Gesetzbuche ist aber die Übertragung des Eigentums ein abstraktes Rechtsgeschäft und von der causa, dem Zweckwillen, ganz unabhängig. Eine Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherstellung ist vollkommen gültig und die Verquickung der Sicherungsübertragung mit einem Kauf unter Vereinbarung einer Aufrechnung der Forderung gegen den Kaufpreis und eines Wiederkaufsrechts des Schuldners ist ganz entbehrlich und entspricht meist gar nicht der Absicht der Parteien. Ein solcher Sicherungskauf mit Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium wird meist simuliert sein und als verdecktes Geschäft entweder eine bloße Sicherungsübereignung oder eine Verpfändung enthalten. Im ersteren Falle ist, wenn die Parteien den ernsten Willen gehabt haben, Eigentum zu übertragen, der wegen Simulation ungültige Sicherungskauf eine gültige Sicherungsübertragung, im letzteren Falle ist er wegen Mangels des Erfordernisses der Übergabe der Pfandsache nichtig (§ 117 BGB.). Die Parteiabsicht, eine Sicherungsübertragung abzuschließen, ist bei einem Sicherungskauf stets anzunehmen, wenn aus den Erklärungen der Parteien hervorgeht, daß die Forderung

fortbestehen sollte; auf eine Verpfändungsabsicht ist hingegen zu schließen, wenn nach dem Parteiwillen der Gläubiger, dem die Pfandsache durch Besitzkonstitut zu Eigentum übertragen worden ist, im Innenverhältnis nur das Recht haben soll, die Sache zu verwerten und sich aus dem Erlös zu befriedigen, aber mit der Verpflichtung, den Überschuß herauszugeben. Nur wenn nach Parteiwillen die Forderung gegen den Kaufpreis aufgerechnet werden sollte, ist die Absicht, einen wirklichen Sicherungskauf abzuschließen, anzunehmen. Dann ist aber gar keine Forderung mehr vorhanden, die gesichert werden könnte, und es fehlt daher dann ein wesentliches pfandrechtliches Merkmal.

Nach dieser Begründung unserer Anerkennung der Gültigkeit der Sicherungsübereignung kommen wir nun zu der eigentlichen Frage dieses Abschnitts: ob sich nämlich das Verbot des Pfandverfallvertrags in § 1229 auch auf die Sicherungsübereignung erstreckt.

Der eigentliche Sicherungskauf scheidet bei dieser Erörterung ganz aus, da er, wie oben erwähnt, von der Pfandbestellung wesentlich verschieden geartet ist. Dagegen hat das Institut der Sicherungsübereignung mit dem der Verpfändung eine große Ähnlichkeit. Für beide ist wesentliches Erfordernis, daß eine Forderung durch eine Sache sichergestellt wird; bei beiden kann sich der Gläubiger nach Fälligkeit der Forderung im Falle der Nichtzahlung aus der Sache befriedigen, und zwar bei beiden durch Verkauf der Sache; bei beiden ist der Gläu-

biger verpflichtet, den Überschuß des Erlöses über den Betrag der Forderung herauszugeben; auch im übrigen ist der Gläubiger bei der Sicherungsübereignung im Innenverhältnis dem Pfandgläubiger gleichgestellt. Die einzige Verschiedenheit von Sicherungsübereignung und Pfandrecht liegt darin, daß der Gläubiger im ersteren Falle das Verkaufsrecht nicht auf Grund eines Rechtes an fremder Sache, sondern als Eigentümer besitzt und daher nach außen hin eine ganz andere Stellung als der Pfandgläubiger hat.

Hiernach sind zwei auseinandergehende Meinungen denkbar, die beide gute Gründe für sich anführen können. Nach der einen, mehr formalistischen Ansicht wird man sagen können: Die Sicherungsübereignung ist keine Pfandbestellung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, sie wird nicht bei den pfandrechtlichen Bestimmungen geregelt, sie unterscheidet sich von der Pfandbestellung in einem wesentlichen Punkte, sie besteht neben der Verpfändung als eine andere, selbständige Art von Sicherungsmittel: daher finden die pfandrechtlichen Vorschriften des Hypotheken- und Pfandrechts, also auch das Verbot des Pfandverfallvertrags, in den §§ 1149 u. 1229 keine Anwendung; diese Paragraphen wollen nicht schon jede durch Nichtzahlung bedingte Eigentumsübertragung an Erfüllungsstatt als solche verbieten, sondern sie nur dann für nichtig erklären, wenn sie im Gefolge des Pfandrechts erscheint (so Brill S. 53).

Eine andere Meinung kann dahin gehen: Bei Siche-

rungsübereignung und Pfandbestellung handelt es sich um gleichartige Tatbestände. Ebenso wie bei der Pfandbestellung, so stellt auch bei der Sicherheitsübereignung der Verfallvertrag einen bequemen Weg zur Ausbeutung des Leichtsinns und der Notlage des kreditbedürftigen Schuldners dar. Der leitende Gedanke der §§ 1149 und 1229 ist aber, einen solchen Weg von vornherein zu versperren, ohne daß erst untersucht zu werden braucht, ob Wucher vorliegt oder nicht. Die §§ 1149 u. 1229 sind daher auf die Sicherungsübereignung analog anzuwenden. Diese Meinung erscheint uns als die richtigere. Zu derselben Beantwortung der Frage kommt auf etwas anderem Wege Leist, der S. 70 erklärt, die resolutiv bedingte Sicherungsübereignung füge in der sofortigen Eigentumsübertragung einen fremden Bestandteil hinzu, der den Charakter des Geschäfts im ganzen nicht berühre und dasselbe deshalb dem Verbote der lex commissoria nicht zu entziehen vermöge. Von den höheren Gerichten, insbesondere dem Reichsgericht, ist über diese Frage meines Wissens noch keine Entscheidung ergangen.

§ 13.

d) Gilt das Verbot des Pfandverfallvertrags auch bei pignus irregulare?

Vertretbare Sachen, insbesondere Geld, können in zweifacher Weise als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung dienen.

a) Es kann erstens ein wirkliches Pfandrecht an ihnen bestellt werden. Eine solche Geldverpfändung hat wenig praktischen Wert, da das verpfändete Geld ein totes Kapital bleibt. Sie ist auch nicht geeignet, für jede Art von Forderung zur Sicherheit zu dienen. In den Fällen, wo der Schuldner bezweckt, sich durch Sicherheitsbestellung Geld zu verschaffen, ist natürlich eine Verpfändung von Geld ausgeschlossen; sie kann nur bei Sicherung künftiger ungewisser Geldforderungen in Betracht kommen, sei es, daß das Entstehen der Forderung überhaupt ungewiß ist, z. B. bei Kaution, sei es, daß wohl eine Forderung besteht, aber es noch nicht gewiß ist, ob sie sich in eine Geldforderung umwandelt, z. B. in eine Schadensersatzforderung.

Ist Geld verpfändet, so bedarf es, wenn der Pfandgläubiger zur Befriedigung aus dem Pfandrecht berechtigt ist, der Natur der Sache nach keines Verkaufs; der Gläubiger darf sich vielmehr ohne Verkauf auf Grund seines Pfandrechts durch Aneignung des Geldes befriedigen; denn der Pfandverkauf soll ja nur dazu dienen, die Pfandsache in den allgemeinen Wertmesser Geld umzusetzen. Auf Grund dieser Erwägungen sind auch die besonderen Bestimmungen des § 1168 des 1. Entw., die dem Gläubiger gestatteten, sich mit dem Eintritt der Verkaufsberechtigung aus dem Gelde zu befriedigen und dem Eigentümer erlaubten, diese Befriedigung zu verlangen, von der 2. Kommission gestrichen worden (vgl. hierzu Prot. Bd. 3 S. 467 ff.; Staudinger zu § 1205 Ziff. V;

Staub zu § 368 HGB. Anm. V; Kretzschmar zu § 1228 Ziff. 1).

Obwohl es sich bei Verpfändung von Geld zumeist nicht um einen leichtsinnigen oder in Notlage befindlichen kreditbedürftigen Schuldner handeln wird, so muß hierbei doch, da es sich um eine echte Pfandbestellung nach §§ 1204 u. 1205 BGB. handelt, das Pfandverfallsverbot des § 1229 zur Anwendung kommen.

β) Viel häufiger als die echte Verpfändung von vertretbaren Sachen ist im Verkehrsleben die Sicherstellung des Gläubigers durch solche Sachen, insbesondere durch Wertpapiere oder Geld in der Weise, daß die Pfandobjekte dem Gläubiger zu Eigentum übertragen werden mit der Vereinbarung, daß er nach Abwicklung des Schuldverhältnisses anstatt der übergebenen andere Sachen gleicher Art und Güte zurückerstatten darf. Nach Analogie von depositum irregulare nennt man in der Wissenschaft ein solches Geschäft pignus irregulare; im Verkehrsleben spricht man hier gewöhnlich von Bestellung einer Kaution, z. B. Pacht- oder Beamtenkaution.

Eine derartige Sicherstellung, insbesondere die Kaution mittels baren Geldes, die Barkaution, gewährt dem Gläubiger eine Steigerung der pfandrechtlichen Sicherheit; denn eine Minderung des Wertes des Pfandes ist nicht zu befürchten, und der Gläubiger findet sofort, ohne sich erst durch Verkauf bemühen zu müssen, Befriedigung. Barkaution ist daher besonders für solche Gläubiger geeignet und von großem Wert, deren Geschäftsbetrieb es ver-

langt, daß sofort Deckung für einen etwaigen Ausfall vorhanden ist.

Die rechtliche Natur der Barkaution ist sehr bestritten. Es würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, wollte ich alle Theorien anführen, die darüber aufgestellt sind (vgl. hierüber Windscheid-Kipp § 226a; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 429; Demelius S. 95ff.; Haas S. 55ff.; Leist S. 98; Biermann zu § 1229 Ziff. 3). Nach unserer Ansicht ist die Barkaution eine Art Sicherungsübereignung mit der Besonderheit, daß im gegebenen Falle nicht dieselben, sondern nur gleichartige Sachen zurückzugeben sind, und daß es sich immer um zukünftige, nach Entstehen oder Höhe ungewisse Forderungen handelt, die gesichert werden sollen.

Ist nun das Pfandverfallverbot des § 1229 auf die Barkaution anwendbar? Eine bei Bestellung einer Kaution getroffene Vereinbarung, daß der Gläubiger bei Fälligwerden der Forderung die ganze Kautionssumme behalten dürfe, auch wenn sie den Betrag der Forderung übersteigt, wird im Verkehrsleben selten vorkommen. In der Regel wird dem Kautionsempfänger die Verabredung genügen, daß er sich aus der Kaution nach Höhe seiner Forderung befriedigen und den Überschuß zurückerstatten solle. Doch ist immerhin die Möglichkeit der Vereinbarung einer lex commissoria nicht ausgeschlossen. Es kann dem Gläubiger daran gelegen sein, daß er nicht erst die Höhe der Forderung berechnen muß, oder es kann auch der Fall eintreten, daß sich der Betrag gar nicht genau er-

mitteln läßt. In solchen Fällen wäre die Abschließung eines Pfandverfallvertrags für den Gläubiger von großem Vorteil.

Obwohl nun nach unserer Ansicht die Barkaution eine Art Sicherungsübereignung darstellt und wir für diese das Verbot des § 1229 für anwendbar erklärt haben, so sind wir doch der Meinung, daß die Barkaution durch diese Vorschrift nicht zu beschränken ist, und zwar wegen des besonderen Charakters dieser Art von Sicherheitsübereignung. Der Schuldner ist hier nicht geldbedürftig; der Wert des Pfandes läßt sich in jeder beliebigen Höhe festsetzen und kann sich nicht verändern, sondern ist von vornherein zahlenmäßig bestimmt; der Schuldner ist über den Wert des Pfandes nicht im ungewissen (vgl. Haas S. 55 ff.). Der Kautionssteller befindet sich also nicht in jener abhängigen, gefährlichen Vertragsbedingungen günstigen Lage wie der geldbedürftige Pfandbesteller. Der Druck, den der Gläubiger, z. B. der Geschäftsherr, auf den Kautionssteller ausüben kann, ist bei weitem nicht so groß, als im Falle eines Kreditverlangens. Die ratio legis des § 1229, den in Notlage befindlichen Schuldner vor Ausbeutung zu schützen und insbesondere dem Wucher einen leicht gangbaren Weg zu versperren, trifft mithin bei der Barkaution nicht zu, und gemäß unseren Ausführungen unter III, 3 c halten wir daher eine analoge Anwendung des Verbots des § 1229 auf den Tatbestand der Barkaution für nicht möglich.

Zu demselben Resultat, wenn auch auf Grund anderer Erwägungen, kommen Haas und Demelius (a. a. O.), während Leist (a. a. O.) den § 1229 wie bei der gewöhnlichen Sicherungsübereignung, so auch bei der Barkaution für anwendbar hält.

Der Meinung von Haas, eine solche Verfallsvereinbarung sei erlaubt, weil sie da einen ganz anderen Sinn als die lex commissoria habe, nämlich den Sinn einer Vertragsstrafe, können wir nicht beipflichten, denn einen pönalen Charakter hat der Pfandverfallvertrag stets, wenn der Wert des Pfandobjekts größer ist als der Betrag der zu sichernden Forderung, und ist insofern stets der Vertragsstrafe ähnlich. Über den Unterschied zwischen lex commissoria und Vertragsstrafe vgl. insbesondere v. Bröcker S. 48ff.

Schluß.

§ 14.

Die Zweckmäßigkeit des Verbots des Pfandverfallvertrags im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Als Kaiser Constantin im Jahre 320 die lex commissoria für alle Zukunft verbot, schuf er gewiß ein zweckmäßiges und segensreiches Gesetz. Denn nachdem im Jahre 285 durch die Zulassung der Anfechtung von Verkäufen wegen laesio enormis den Wucherern ein neues Hindernis ihres zerstörenden Gewerbes in den Weg gelegt worden war, scheint die lex commissoria als einziges und letztes gesetzlich zulässiges Mittel, die Zinsverbote zu umgehen und die Notlage der Kreditbedürftigen und wirtschaftlich Schwachen auszubeuten, in üppiger Blüte gestanden zu haben. Jetzt ist die Rechtslage eine wesentlich andere. Nicht die einzelnen Formen, in denen der Wucher auftritt, werden durch das Gesetz verboten, sondern wir haben ein allgemeines Wucherverbot: Der § 138 BGB. erklärt jedes Geschäft, das die gesetzlichen Kennzeichen des Wuchers trägt, als den guten Sitten widersprechend, für ungültig; ja der Wucherer muß auch

noch gewärtig sein, wegen seiner Handlung vom Staate mit schwerer Strafe belegt zu werden (vgl. Gesetze vom 24. 5. 1880 und 19. 6. 1893). Der Pfandverfallvertrag würde demnach, falls er wucherisch ist, schon auf Grund des § 138 BGB. nichtig sein. Das Verbot dieses Vertrags hat daher jetzt nicht mehr die Bedeutung und die Zweckdienlichkeit wie zur Zeit des Erlasses des Constantinschen Edikts. Immerhin kann ihm doch ein gewisser Nutzen für unser wirtschaftliches Leben nicht abgesprochen werden. Denn die Anwendbarkeit des § 138 wird immer erst von dem Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des gesetzlich verbotenen Wuchers abhängen, und diese Voraussetzungen muß der Schuldner immer erst beweisen, während durch die §§ 1149 u. 1229 der Pfandverfallvertag an sich, ohne Rücksicht auf die besondere Gestaltung des einzelnen Falles von der Nichtigkeit getroffen wird (vgl. Mot. Bd. 3 S. 820). Jetzt ist der mittels lex commissoria bewucherte Schuldner von dieser Beweislast befreit; der vor Fälligkeit der Forderung abgeschlossene Pfandverfallvertrag ist ipso jure nichtig. Damit ist dem Wucher ein besonders bequemer Weg zur Ausbeutung des wirtschaftlich Schwachen überhaupt versperrt; der Wucherer ist dadurch gezwungen, unbequemere, schwierigere Wege zu suchen, um zu seinem Ziele zu gelangen; man kann also sagen, daß durch das Verbot eine verführerische Gelegenheit zu wucherischen Geschäften beseitigt ist.

De lege ferenda wäre zu wünschen, daß der § 1149

mit § 1229 mehr in Übereinstimmung gebracht, insbesondere die Verschiedenheit der Fassung in bezug auf das Verbot des dinglichen Verfallvertrags beseitigt, und daß die Ausdehnung des Verbots des Pfandverfallvertrags auf die Sicherungsübereignung gesetzlich festgelegt würde.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.